

盗品 RES FURTIVAE の使用取得 USUCAPIO の禁止と権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM

宮 坂 渉

- 1 はじめに
 - 1.1 問題関心
 - 1.2 アティーンウス法の存在について言及した史料
- 2 盗 FURTUM と盗品 RES FURTIVAE
 - 2.1 盗と使用取得の禁止
 - 2.2 盗品 RES FURTIVAE
- 3 権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM
 - 3.1 所有者が物の占有を正当に取得すること
 - 3.2 奴隷を介した「権力下への復帰」
 - 3.3 自由人を介した「権力下への復帰」
 - 3.4 所有者が占有を取得しない場合
 - 3.5 自分の物として取得すること

(以下次号)

1 はじめに

1.1 問題関心

古典期ローマ法における使用取得 USUCAPIO とは、市民法上の所有権を原始取得することを意味する⁽¹⁾。ある者が使用取得するのは、第 1 に、市民法上の所有者から手中物 RES MANCIPI を引き渡されたに過ぎない場合⁽²⁾、第 2 に、市民法上の所有者でない者から手中物あるいは非手中物 RES NEC MANCIPI を取得した場合⁽³⁾、である⁽⁴⁾。

使用取得が成立する要件として、中世の註釈学派以来5つの要件が、ヘクサメトロス(六歩格)と呼ばれる詩形に要約されて伝えられてきた。すなわち「使用取得可能物、権原、善意、占有、期間 *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*」である。そのうち「権原 *TITULUS*」は、しばしばローマ法研究者によって取得「原因 *CAUSA*」と置き換えて考察されてきた。⁽⁵⁾その上で、「原因 *CAUSA*」と「善意 *BONA FIDES*」それぞれの意味と相互の関係につき、ローマ法研究者の見解は完全に対立してきた。⁽⁶⁾

近年、POOLはこの対立を解消しようと試みるとともに、5要件の再検討をも提唱している。彼によれば、古典期ローマ法の使用取得には、相互に独立した3つの要件があった。第1に「要件を備えた占有 *POSSESSIO PRO*」、第2に「使用取得可能物 *RES HABILIS*」、第3に「1年若しくは2年の占有継続 *CONTINUATIO POSSESSIONIS*」である。そして、「要件を備えた占有」の下に、取得「原因 *CAUSA*」、占有に瑕疵がないこと、「善意 *BONA FIDES*」の3つが相互に独立して位置づけられる。⁽⁷⁾

このような研究状況において、近年再び光が当てられているのが「使用取得可能物 *RES HABILIS*」という要件である。ちなみに使用取得することが不可能な物として、そもそも取引の対象となりえないのが無体物 *RES INCORPORABLES* および不融通物 *RES EXTRA COMMERCIUM* に属する神法上の物 *RES DIVINI IURIS* (神聖物 *RES SACRAE* や聖護物 *RES SANCTAE*) と公有物 *RES PUBLICAE* (国有物と公共用物) である。⁽⁸⁾これらの物は主に占有と特示命令 *INTERDICTUM* を考える上で重要である。これに対して使用取得の要件としての「使用取得可能物」を論じる場合、それらにも増して重要なのは、暴力によって占有された物 *RES VI POSSESSAE* と盗品 *RES FURTIVAE* である。⁽⁹⁾

盗品の使用取得の禁止については、古典期法学者とユースティニアヌス帝とが、12表法 *LEGES DUODECIM TABULARUM* とアティーニウス法 *LEX ATINIA* のそれぞれに規定があったことを伝えている。これについては立法史論の観点から20世紀の半ばまで、後述するように、両者がいかなる内容を規

定していたのか、その理由は何か、微に入り細を穿つ議論が展開されてきた。しかし結局の所、12表法の文言そのものは伝えられておらず、伝えられているアティーニウス法の文言および古典期法学者によるその解釈から、12表法の文言を再構成せざるを得ないため、現在でも論争は決着していない。

他方で古典期法学者は、禁じられた盗品の使用取得を再度可能にする制度として「権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM」があったことを伝えている。20世紀の半ば以降、NICOSIA論文を契機として、古典期ローマ法における盗品の使用取得の禁止と「権力下への復帰」についての研究が積み重ねられてきた。例えば ANKUM⁽¹⁰⁾は古典期ローマ法における担保法への関心から、担保権の効力との関連で「権力下への復帰」を論じている。あるいは GIANCOLI⁽¹¹⁾のように、プロソポグラフィの手法を用いてアティーニウス法の制定年代を検討する研究もある。しかし最も一般的なのは、ALBANESE論文⁽¹²⁾に代表されるように、「権力下への復帰」についての古典期法学者の言説を検討する研究である。

後述するように、「権力下への復帰」にかんする古典期法学者の言説はその論点において多岐に亘る。それらの論点を包括した上で古典期における「権力下への復帰」が意味する所を明らかにする研究は、上述の ALBANESE論文以来、現れていない。他方、個別の論点にかんする研究は現在までに十分な蓄積がある。本稿は、ALBANESE論文を現在の研究水準にアップデートすること、さらに前古典期から古典期にかけて使用取得が登場した背景をも併せて盗品の使用取得の禁止と「権力下への復帰」について考察すること、を試みる。

1.2 アティーニウス法の存在について言及した史料

1.2.1 ユースティーニアヌス帝の法

6世紀のユースティーニアヌス帝によって著された『法学提要』は、盗品の使用取得の禁止と「権力下への復帰」について以下のように定めてい

る。

第1に、12表法およびアティーニウス法は盗品の使用取得を禁止した。⁽¹⁴⁾第2に、12表法およびアティーニウス法による盗品の使用取得の禁止は、盗人自身が使用取得することができない、という意味ではなく、盗人から善意で買ったか、その他の正当原因に基づいて引渡を受けた第三者が使用取得することができない、⁽¹⁵⁾という意味であった。第3に、盗品が市民法上の所有者の権力下に復帰した場合、盗品という物の瑕疵が除去され、使用取得することができる⁽¹⁶⁾ようになった。このような制度は6世紀に至るまでにどのような過程を経て作り上げられたのか。

1.2.2 前古典期の法

アウルス・ゲッリウスは2世紀の古事物収集家である。ローマで修辞学を学び、アテーナイに遊学したようであるが、それ以外の生涯についてはほとんど不明である。彼の随筆集『アッティカの夜』全20巻が後世に伝えられている。その中にアティーニウス法についての記述がある。

アウルス・ゲッリウス『アッティカの夜』17巻7章1節⁽¹⁷⁾

以下は古いアティーニウス法の文言である。「盗まれた物の AUCTORITAS は永久であれ。」

これに続く文章では紀元前1世紀の法学者クウィントゥス・スカエウォラの発言が伝えられている。それによればクウィントゥス・スカエウォラ、ブルトゥス、マニリウスといった紀元前2世紀後半の著名な法学者たちがアティーニウス法の遡及効について論じていた。⁽¹⁸⁾そのことからアティーニウス法は紀元前3世紀末あるいは紀元前2世紀初めに制定されたと考えられている。⁽¹⁹⁾

AUCTORITAS 自体は多義的な言葉であるが、古ローマの所有権法⁽²⁰⁾の文脈では、神聖賭金による対物法律訴訟 LEGIS ACTIO SACRAMENTO IN REM におい

て、握取行為における譲受人が第三者から追奪を主張された場合に、譲渡人が担保人 AUCTOR として譲受人を弁護する責任を意味する。この AUCTORITAS 責任に関連して、12表法VI表3には「土地の USUS AUCTORITAS⁽²²⁾は2年、その他の物〔の USUS AUCTORITAS〕は1年であれ。(Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.)」という規定があったとされている。この規定が意味しているのは、「握取行為を経て手中物を取得し、一定期間継続して占有した者に追求権者からの返還請求に対して独力で防衛できる地位を与える」ということである。これに対して「盗品の AUCTORITAS は永遠であれ」とは、握取行為を経て手中物を取得した者であっても、その手中物が盗品であれば、第三者の追奪に対して独力で防衛することは永久にできない、ということの意味していた、と考えられる⁽²⁵⁾。

紀元前2世紀以降、訴訟形態が法律訴訟から方式書訴訟へと変化すると共に、握取行為に基づく要式売買から信義誠実 BONA FIDES に基づく諾成契約としての売買への移行が生じた結果として、法律訴訟と握取行為とを前提としていた USUS AUCTORITAS は意味を失い、それに代わって現れたのが使用取得である、と推測されている⁽²⁶⁾。それによってアティーニウス法の文言やその理解がどのような影響を受けたか、を知るには、古典期法学者の言説に拠らなければならない。

1.2.3 古典期の法

(1) ガーイウス『法学提要』

2世紀の法学者ガーイウス『法学提要』は、12表法が盗品の使用取得を禁止した、と述べているが、アティーニウス法にも「権力下への復帰」にも言及していない。それどころか学説彙纂にも「権力下への復帰」にかんするガーイウスの見解は見当たらない。他方でガーイウスは、他人の物を売却し引き渡した者は盗を犯すのであるから、他人の動産を善意で占有する者が使用取得することはほとんどない、と述べている⁽²⁸⁾。

(2) パウルス『告示註解』54巻

3世紀の法学者パウルスが著した『告示註解』54巻は、占有 POSSESSIO の取得と喪失そして使用取得について論じており、それらにかんする多くの情報が主に学説彙纂41巻を通じて我々に遺されている。⁽²⁹⁾特に学説彙纂41巻3章4法文の各項において、パウルスはアティーニウス法と「権力下への復帰」について論じている。

学説彙纂41巻3章4法文6項(パウルス、告示註解⁽³⁰⁾54巻)

ところでアティーニウス法は次のように述べている。盗品は使用取得されない。但し盗まれた者の権力下に復帰した場合はその限りでない、と。そのことは次のように解される。すなわち、盗まれた者その人の権力下に復帰しなければならないのではなく、所有者の権力下に復帰しなければならない場合もある、と。それゆえ、質権者や使用借主から盗まれた物は所有者の権力下に復帰しなければならない。⁽³¹⁾

学説彙纂41巻3章4法文6項のパウルス文(以下、パウルス D 41.3.4.6と略記、他も同様)によるとアティーニウス法は、原則として盗品は使用取得され得ないが、例外として盗品が盗まれた者の権力下に復帰した場合は再び使用取得され得るようになる、と定めている。後述するように、このようなアティーニウス法の規定はアウグストゥス帝の時代に活躍したラベオーにまで遡ることができる。⁽³²⁾

ここで生じる問題は次の2点である。第1に、盗品 RES FURTIVAE の使用取得が問題となる盗 FURTUM に該当するのはどのような事例か(「2. 盗 FURTUM と盗品 RES FURTIVAE」)。本稿では、盗の種類にかんするパウルスの記述を手がかりに、古典期ローマ法の盗観念を明らかにするとともに、盗品として論じられる典型的な物を確認する。第2に、「権力下への復帰」とはどのような状況なのか(「3. 権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM」)。特に他人を介した「権力下への復帰」について、パウルスは D 41.3.4.7から D

41.3.4.11において論じているが、その理解は困難を極める。本稿ではパウルスが個別具体的な事例について論じる際に従っている、1つの基準を明らかにする。

他方でパウルス D 41.3.4.6は、「盗まれた者の権力下に in potestatem eius, cui subrepta est」を「所有者の権力下に in domini potestatem」⁽³³⁾と解釈する見解を伝えている。例えば質権者が質物を、使用借主が使用貸借の目的物を盗まれた場合、その盗品は使用取得され得ない。再び使用取得され得ようになるためには、質権者あるいは使用借主の権力下ではなく、所有者である質権設定者あるいは使用貸主の権力下に復帰しなければならない。

しかしこの解釈を巡っては、古典期法学者の間に見解の対立があったことを想起させる史料が存在する。したがって問題は、そのような対立があったのか否か、あったとすればそれはいつ、誰と誰が、どのようにして対立していたのか、ということである（「4. 古典期法学者によるアティーニウス法の解釈」）。これについては多くのローマ法研究者が取り組んでいるが、依然として決着していない。本稿も新たな解釈の可能性を付け加えるに過ぎない。

古典期法学者が大きな関心を寄せたもう1つの問題は、盗品である女奴隷から生まれた子を使用取得することはできるのか、ということである（「5. 盗品の果実と女奴隷から生まれた子」）。一方でそのような子は盗品であるから、権力下に復帰するのではなければ、使用取得することはできない、とする史料がある。他方でそのような子は盗品でないから、使用取得することができる、とする史料もある。本稿では、どのような基準によって女奴隷の子は盗品とされるのか、ということを明らかにする。

2 盗 FURTUM と盗品 RES FURTIVAE

2.1 盗と使用取得の禁止⁽³⁴⁾

パウルス D 47.2.1.3によれば、盗 FURTUM とは詐害する意図で物に触れる

ことである。

学説彙纂47巻2章1法文3項(パウルス、告示註解⁽³⁵⁾39巻)

盗とは、物そのものから、あるいは物の使用もしくは占有から利益を得るために、詐害する意図で物に触れることである。盗を犯すことは自然法上禁じられる。

典型的な盗は物の盗 FURTUM REI (例えば窃盗) である。その場合、上述のように、その物を使用取得することはできない。もっともガイウス D 41.3.36pr.、同 D 41.3.36.1、同 D 41.3.37pr. によれば、ある者が他人の物を何らかの錯誤により自分の物として売ったあるいは贈与した場合、その物は盗品にならず、善意の占有者によって使用取得されることができる。⁽³⁶⁾なぜなら盗は盗む意思がなければ犯されないからである。⁽³⁷⁾

しかしローマ法における盗は物の盗に限られない。パウルスが挙げているように、使用の盗 FURTUM USUS (例えば横領) や占有の盗 FURTUM POSSESSIONIS (例えば自己の物の窃盗) をも含む。

使用の盗 FURTUM USUS の事例としてガイウス 『法学提要』 3巻196節(以下、ガイウス Inst 3.196と略記、他も同様) は、受寄者が寄託物を使用した場合や、使用借主が借りた物を目的外で使用した場合、盗の責任を負わされる、と述べている。⁽³⁸⁾未成熟者の後見人が未成熟者の財産を横領した場合も同様である。⁽³⁹⁾

占有の盗 FURTUM POSSESSIONIS の事例であるが、ガイウス Inst 3.200⁽⁴⁰⁾によれば、債務者が債権者に質入れした自分の物を盗んだ場合、あるいは私が私の所有物をその善意占有者から盗んだ場合、⁽⁴¹⁾盗を犯す。所有者が用益権者の用益権に服する物を盗んだ場合も同様である。⁽⁴³⁾

これに続くガイウス Inst 3.201では、逆に、盗が犯されたとは解されず、他人の物の使用取得が認められる事例を挙げている。⁽⁴⁴⁾そのことから、他

人の物の横領や自己の物の窃盗の場合、その物を使用取得することはできなかった、と解される。

本稿「3. 権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM」では主として物の盗 FURTUM REI と使用の盗 FURTUM USUS とが問題となる。これに対して「4. アティーニウス法の再解釈」では主として占有の盗 FURTUM POSSESSIONIS が問題となる。

2.2 盗品 RES FURTIVAE

盗品の使用取得禁止が論じられている学説彙纂の法文において、盗品としての出現数が最も多いのは女奴隷⁽⁴⁵⁾である。それに比して男奴隷⁽⁴⁶⁾の出現数が極端に少ないのは、体力差に基づく盗まれやすさが理由であると考えられる。手中物としては他に雌牛⁽⁴⁷⁾の例がある。他方、非手中物としては羊(子羊、羊⁽⁴⁸⁾毛)が挙げられる。ここからアティーニウス法制定当時とは異なり、盗品の使用取得禁止が手中物と非手中物の区別なく適用されていたことが明らかとなる⁽⁴⁹⁾。

土地について盗が成立するか、という問題については、古法学者の中にはこれを肯定する者もいたようであるが、すでにガーイウスの時代にはそのような見解は廃棄されていた。したがって、土地が無人となった場合、その時点で土地を占有した占有者は、自分が他人の土地を占有していることを知っているのであるから、悪意であって、使用取得することはできない。しかし、彼は盗人ではない。それゆえ、この占有者からその土地を善意で買った者は使用取得することができる⁽⁵⁰⁾。

3 権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM

パウルス D 41.3.4.12は「権力下への復帰」の要件を挙げている。

学説彙纂41巻3章4法文12項(パウルス、告示註解54巻)⁽⁵¹⁾

所有者の権力下に復帰したと言われるべきであるのは、〔所有者が〕物の占有を正当に取得し、したがって剥奪されない場合であって、しかも自分の物として取得する場合である。例えば、私がそれと知らずに私から盗まれた物を買った場合、私の権力下に復帰したとは解されない。

第1の要件は、物の占有を正当に取得すること（したがって剥奪されないこと）、である。古典期法学者、とりわけパウルスは、他人を介して物の占有を取得する事例を数多く論じている。第2の要件は「自分の物として取得すること」である。「自分の物として取得すること」とは、所有者が、自分から盗まれた物であることを知って取得することである。

いかなる場合にこれらの要件が満たされるのか、以下では史料に即して検討する。

3.1 所有者が物の占有を正当に取得すること

所有者が物の占有を正当に取得しない場合、例えば「暴力によりあるいは秘密裏に *vi aut clam*」占有を奪った場合、そのようにして占有を奪った者は、特示命令に基づいて占有を剥奪されることになる。⁽⁵²⁾

所有者が物の占有を正当に取得する典型的な仕方は、所有権に基づいてレイ・ウィンディカーティオ *REI VINDICATIO* を提起することである。⁽⁵³⁾ まず法廷手続 *IN IURE* における法務官 *PRAETOR* の面前での争点決定後、審判人手続 *APUD IUDICEM* において原告が所有権の証明に成功すると、審判人 *IUDEX* は方式書に従って被告に対して係争物の返還を勧告する（中間裁定 *PRONUNTIATIO*）。被告がこの勧告に従って原告に係争物を返還すると、審判人は被告免訴の判決を下す。

3.2 奴隷を介した「権力下への復帰」

D 41.3.4.7から D 41.3.4.9では、いかなる場合に奴隷を介した主人の「権力下への復帰」が生じるかが論じられている。多くの古典期法学者が、主人は

奴隷を介して占有を取得し、奴隷の特有財産に属する物の占有を、その構成や取得原因について知らなくても保持し、さらには使用取得する、と述べている。⁽⁵⁴⁾ 3世紀の法学者であるパウルスは、1世紀の法学者であるラベオーの見解に基づいて持論を展開しつつ、2世紀の法学者であるポンポーニウスの見解をも引用してこれを補強している。⁽⁵⁵⁾

3.2.1 ラベオーの見解

学説彙纂41巻3章4法文7項(パウルス、告示註解⁽⁵⁶⁾54巻)

ラベオーも次のように述べている。すなわち、私の奴隷の特有財産に属する物が私の知らないうちに盗まれたが、後に〔奴隷が〕その物を手に入れた場合、私の権力下に復帰したと解される、と。ヨリ適切なのは、〔盗まれたことを〕私が知った場合も、私の権力下に復帰した〔と解される〕、と言われることである(なぜなら、奴隷が、私の知らない間に失った物を、取得した場合、というだけでは十分でないからである)。その物が特有財産に帰属することを私が望んでいた場合は、そうである。これに対して、私が望まなかった場合、私がその物を自由に取り扱うことができる、という条件が要求されるべきである。

D 41.3.4.7の前半部分が伝えるラベオーの見解では、奴隷の特有財産に属する物が盗まれたが、その物が奴隷によって再び取得された場合、盗まれたことを主人が知らないならば、「権力下への復帰」が生じたと解される。2世紀の法学者であるユーリアーヌスも同様の見解である。⁽⁵⁷⁾

3.2.2 パウルスの見解

D 41.3.4.7およびD 41.3.4.8でパウルスは、上記のラベオーの見解を次の3つの事例に展開している。

まずD 41.3.4.7の後半部分においてパウルスは、奴隷の特有財産に属する物が盗まれたが、その物が奴隷によって再び取得された場合、盗まれたことを主人が知ったとしても、次の2つのうちいずれかの条件を満たすことによ

って「権力下への復帰」が生じる、と述べている。その条件とは、①その物が再び特有財産に属することを主人が望んでいること、②主人がその物を自由に取り扱うことができる状態にあること、である。

D 41.3.4.7の後半部分の事例は、盗まれたことを主人が知った、という点でD 41.3.4.7の前半部分の事例と相違する。その場合、主人には、奴隷が再び取得した物を奴隷の特有財産に組み入れず、自ら取り扱うことを選択する余地がある。それゆえ、無条件に「権力下への復帰」を認めることは望ましくない。というも、奴隷が再び取得した物を第三者に売却した場合、「権力下への復帰」が認められれば、主人が第三者の使用取得を妨げる余地はないからである。⁽⁵⁸⁾他方、その物が再び特有財産に属することを主人が望んでいる場合には、「権力下への復帰」を認めても差支えない。これに対して、D 41.3.4.7の前半部分の事例のように、盗まれたことを主人が知らない場合、奴隷が再び取得した物を自ら取り扱うことを選択する余地はないのであって、第三者の使用取得を妨げてまで、主人を保護する必要性は乏しい。それゆえ、「権力下への復帰」が生じるとされた、と考えられる。

次にD 41.3.4.8においてパウルスは、奴隷が、主人から与えられた特有財産に属する物を盗んだが、後にその物を再び自分の所に置いている場合を検討する。

学説彙纂41巻3章4法文8項(パウルス、告示註解54巻)⁽⁵⁹⁾

それゆえ、私の奴隷が私〔によって与えられた特有財産〕から物を盗んだが、後にその物を再び自分の所に保持している場合も、少なくとも〔盗まれたことを〕私が知らないならば、あたかも私の権力下に復帰したかのようになり、使用取得されることができる。これに対して、〔盗まれたことを〕私が知ったならば、私の権力下に復帰したことを私が知っている、という条件を我々は要求しよう。

D 41.3.4.8の前半部分の事例は、奴隷が主人から与えられた特有財産に属する物を盗んだ、という点でD 41.3.4.7の前半部分の事例とは異なる。しかし、盗まれたことを主人が知らない点、盗品を盗まれる以前の状態で保持している点では共通している。「あたかも～かのように」という表現は、この事例がD 41.3.4.7の前半部分の事例に準じて扱われることを意味している。というのも、盗まれたことを主人が知らない場合、奴隷が再び自分の所に置いている盗品を、奴隷の特有財産から剥奪し、自ら取り扱うことを選択する余地はないからである。

D 41.3.4.8の後半部分では、盗まれたことを主人が知った場合には、その物が自分の権力下に復帰したことを主人が知っている、という条件が満たされる必要がある、と述べられている。その物が「自分の権力下に復帰したこと」とは、奴隷が盗品を自分の所に保持していることである。そのことを「主人が知っている」場合、主人にはその物を奴隷の特有財産から剥奪し、自ら取り扱うことを選択する余地がある。しかし実際にそうするのでない限り、つまり奴隷が再び自分の所に保持していることを主人が望んでいる場合、あるいは望んではないが剥奪してもいけない場合には、「権力下への復帰」を認めても差支えない。これに対して、その物が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知らない場合、「権力下への復帰」を認めることは望ましくない。というのも、奴隷が再び取得した物を第三者に売却した場合、「権力下への復帰」が認められれば、主人が第三者の使用取得を妨げる余地はないからである。

このようにしてパウルスは、D 41.3.4.7とD 41.3.4.8において、盗まれたことを主人が知った場合、特有財産を有する奴隷を介して「権力下への復帰」が生じる条件として、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知っているか否か、という基準を設定した。そのことを図示したのが次ページの図1である。後述するように、パウルスによってこの基準は自由人を介した「権力下への復帰」にも適用されることになる。

3.2.3 ポンポーニウスの見解

D 41.3.4.9でパウルスはポンポーニウスの見解を引用し、D 41.3.4.7やD 41.3.4.8で展開した自らの見解を補強している。

学説彙纂41巻3章4法文9項(パウルス、告示註解⁽⁶¹⁾54巻)

さらにポンポーニウスは述べている。奴隷が盗んだ物を特有財産と称して保持している場合、私の権力下に復帰したとは解されない。但し、盗まれる以前に我々が持っていた仕方*で*我々が持つことを始めた場合、あるいは、〔我々の権力下に復帰したことを〕我々が知って、奴隷が〔盗品を〕特有財産として持つことを認めた場合はその限りでない、と。ラベオーも同様に〔述べている〕。

D 41.3.4.9が伝えるポンポーニウスは、D 41.3.4.7やD 41.3.4.8とは対照的に、奴隷が特有財産に属しない主人の物を盗んだ場合、盗品を特有財産と称して保持しているだけでは「権力下への復帰」は生じない、と考えている。確かに奴隷が主人の物を盗んだとしても、奴隷が盗品を手元に保持する限り、主人は「占有」を失わないが、そのような占有は「正当」な占有とは言えないからである。⁽⁶²⁾例外的に「権力下への復帰」が生じるのは、次の2つの場合である。それは、①盗品を、盗まれる以前に保持していた者が、盗まれる以前の状態で保持する場合、②主人が「自分の権力下に復帰したこと(奴隷が盗品を自分の所に保持していること)」を知った上で、盗品が奴隷の特有財産に属することを容認する場合である。ラベオーも同様の見解であった。

D 41.3.4.7の前半部分の事例やD 41.3.4.8の前半部分の事例は、盗品を、盗まれる以前に保持していた奴隷が、盗まれる以前の状態で(特有財産として、盗まれたことを主人が知らないままで)保持している、という点でD 41.3.4.9の①と共通する。他方、D 41.3.4.7の後半部分の事例やD 41.3.4.8の後

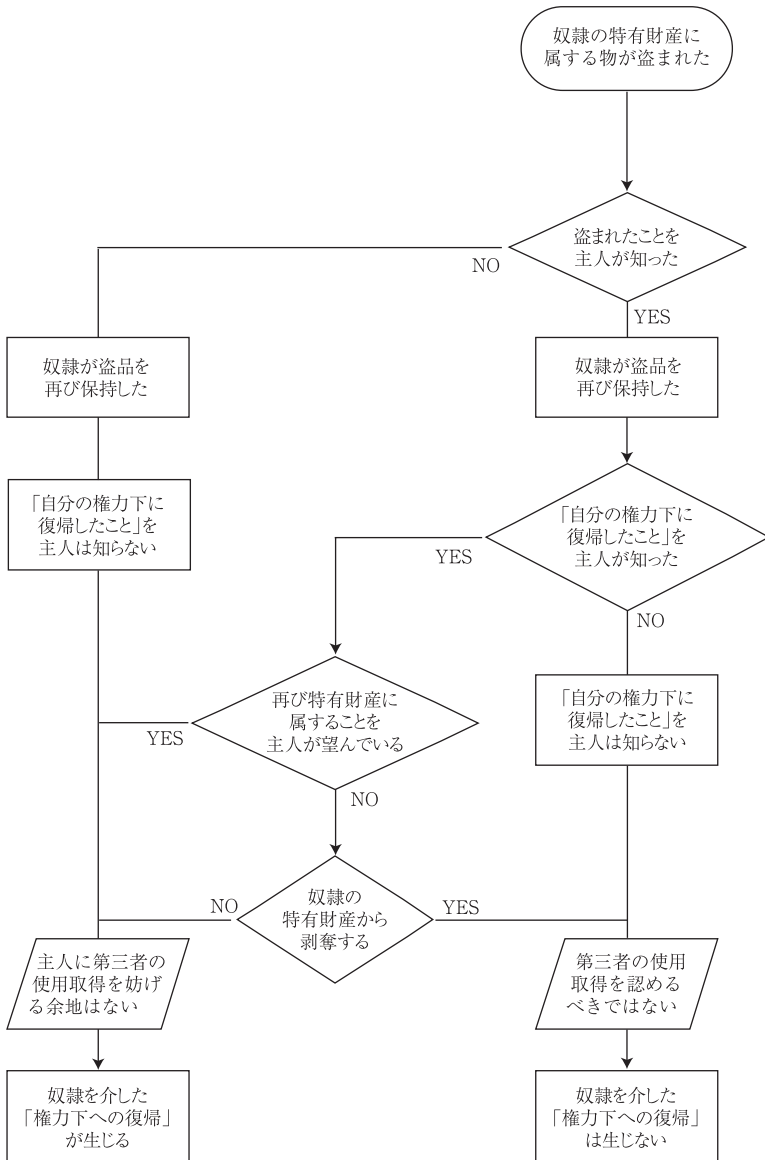


図1 奴隷を介した「権力下への復帰」

半部分の事例は、主人が「自分の権力下に復帰したこと」を知った上で、盗品が奴隷の特有財産に属することを容認している点で D 41.3.4.9の②と共通する。このようにパウルスは、D 41.3.4.7や D 41.3.4.8で展開した自らの見解を補強するために、ポンポーニウスとラベオーの見解を引用した。

3.2.4 小括

奴隷の特有財産に属する物が、第三者あるいはその奴隷によって盗まれた場合、その物は盗品となり、使用取得することは禁じられる。「権力下への復帰」が生じると、その物は盗品でなくなり、奴隷がその物を売却した場合、第三者が使用取得することが再び可能となる。一般に「権力下への復帰」の可否は第三者の使用取得によって所有権を脅かされる主人の利益を考慮して判断される。特有財産を有する奴隷は主人の知らないうちに特有財産の占有を譲渡・取得することが可能であることから、「盗まれたことを主人が知った」のか否か、が第1の基準となる。盗まれたことを主人が知らない場合には、「権力下への復帰」が生じてもやむを得ない。しかし、盗まれたことを主人が知った場合には、主人に「権力下への復帰」を妨げる機会が与えられるべきである。そこでパウルスは、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知っているか否か、という第2の基準⁽⁶⁴⁾を導入した。盗品が「自分の権力下に復帰したこと」とは、奴隷が盗品を自分の所に保持していることを意味する。盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知らない場合、奴隷を介した「権力下への復帰」は生じない。第三者がその物を使用取得することは主人にとって言わば不意打ちになるからである。これに対して、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知っている場合、奴隷を介した「権力下への復帰」が生じる。主人が不意打ちを食らう危険はないからである。

3.3 自由人を介した「権力下への復帰」

ガイウスによれば、原則として、ある者が自分の権力に服していない自

由人を通じて占有を取得することはない。⁽⁶⁵⁾ 例えば受寄者は、寄託者が占有する寄託物を所持者として保持することはあっても、受寄者が取得した物を寄託者が占有することはない。⁽⁶⁶⁾ 例外的に自分の権力に服していない自由人を通じて占有を取得する場合として数え挙げられるのが、後见人や保佐人、そして委託事務管理人である。⁽⁶⁷⁾ 問題は、彼らを介して「権力下への復帰」が生じるのか否かである。

3.3.1 受寄者

パウルスは D 41.3.4.10 で、物の所有者である寄託者と、受寄者との関係において「権力下への復帰」が生じるか否かを論じている。

学説彙纂41巻3章4法文10項(パウルス、告示註解54巻)⁽⁶⁸⁾

私が君の所に寄託していた物を、君が利益を得る目的で売却したが、後に悔い返して買い戻し、〔売却する前と〕同じ状態で持っている。私が知っていようとまいと、それらのことがなされたならば、プロクルスの見解によると、私の権力下に復帰したと解される。⁽⁶⁹⁾ その見解も正しい。

受寄者は、保管する以外の目的で寄託物に触れた場合、盗を犯す。⁽⁷⁰⁾ D 41.3.4.10 で受寄者は寄託物を売って引き渡した。売却は寄託者の指示で寄託者の利益になるように行われたのではなく、専ら受寄者が利益を得る目的で独断的に行われたのであるから、受寄者が盗を犯したことは明らかである。受寄者が盗を犯す場合、寄託者は占有を中止する。⁽⁷¹⁾ しかし、受寄者は売却を後悔して寄託物を買戻し、引渡しを受けた。受寄者は寄託者のために占有を取得することはないが、この場合には寄託者は占有を回復すると考えられる。そのようにして受寄者が再び寄託物を所持している場合に、「権力下への復帰」が生じるか否かが問題となる。

奴隷の特有財産に属する物が盗まれた事例とは異なり、そもそも受寄者に

は寄託物を他人の所有物にする権限がない。したがって、「自分の権力下に復帰したこと」を寄託者が知っている場合と知らない場合とを区別する必要もない。それゆえ、受寄者が再び寄託物を所持している場合は常に「権力下への復帰」が生じる。⁽⁷²⁾

3.3.2 後見人 TUTOR、保佐人 CURATOR

本来は未成熟者 PUPILLUS が所有している物について、後見事務を管理している後見人 TUTOR は、未成熟者の保護を目的とする限りで、所有者として扱われる。⁽⁷³⁾ それには、方式書訴訟において未成熟者の代理人として訴えることも含まれる。⁽⁷⁴⁾

学説彙纂47巻2章57法文4項(ユーリアーヌス、法学大全⁽⁷⁵⁾22巻)

後見事務を管理している後見人は〔未成熟者から物を〕盗んだ者と和解することができる。そして、盗品を自分の権力下に復帰させた場合、〔その物は〕盗品ではなくなる。なぜなら、後見人は所有者として扱われるからである。心神喪失者の保佐人についても同じことが言われるべきである。彼は、心神喪失者の物を引き渡すことによって、その物を相手方の所有物にする、と解される限りで、所有者の役割を果たす。さらに、後見人も心神喪失者の保佐人も、自分の名前で盗品をコンディクティオで請求することができる。

後見人が未成熟者の代理人として、盗人を相手方として物のウィンディカチオを提起し、所有権の証明に成功した。そして被告が審判人の中間裁定に従って、未成熟者ではなく後見人に係争物を返還した。この場合、ユーリアーヌスによれば、係争物は後見人の権力下へと復帰し、そのことによって盗品ではなくなる。なぜなら、「権力下への復帰」にかんしても、「後見人は所有者として扱われる」とされているからである。心神喪失者とその保佐人 CURATOR についても同様である。

パウルスは D 41.3.4.11 で、未成熟者の物が盗まれた場合について論じてい

る。

学説彙纂41卷3章4法文11項 (パウルス、告示註解⁽⁷⁶⁾54卷)

未成熟者の物が盗まれた場合、その物が未成熟者の家に戻ったことを彼の後見人が知っているならば、それで十分である、と言われるべきである。心神喪失者の場合も、保佐人が知っていることで十分である、と〔言われるべきである〕。

パウルスはここで、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を所有者が知っている、という基準で判断している。すなわち所有者として扱われる後見人あるいは保佐人が未成熟者あるいは心神喪失者による取得を知らない場合、「権力下への復帰」は生じない。これに対して、後見人あるいは保佐人がそのことを知っていれば、「権力下への復帰」が生じることになる。

3.3.3 委託事務管理人 PROCURATOR

委託事務管理人は、古くはたいてい被解放自由人であり、かつての主人である本人のために事実上その財産を管理する義務を負う者であった。もっとも、次第に生来自由人も委託事務管理人とされるようになると、その関係は事務管理 NEGOTIUM GESTUM あるいは委任 MANDATUM といった法的関係として扱われるようになった。⁽⁷⁷⁾

学説彙纂41卷3章41法文 (ネラティウス、備忘録⁽⁷⁸⁾7卷)

盗まれた〔私の〕物を私の委託事務管理人が私のために取得した場合、たとえ我々が委託事務管理人を通じて占有を取得することはすでに広く認められているとしても、その物が私の権力に復帰し、使用取得されることはできない、と考えられるべきである。なぜなら反対に判断されることは詭弁になるからである。

1世紀の法学者であるネラティウスによれば、本人が自分の物を盗まれ、その物を彼の委託事務管理人が取得した場合、委託事務管理人を通じて本人のために占有が取得されることはあっても、「権力下への復帰」が生じることはなく、その物が使用取得されることはできない。⁽⁷⁹⁾ネラティウスは「反対に判断されることは詭弁になる」と述べるだけで、その根拠を明らかにしていない。

パウルスはD 41.3.47で委託事務管理人を介した使用取得について論じている。

学説彙纂41巻3章47法文（パウルス、ネラティウス註解⁽⁸⁰⁾3巻）

委託事務管理人が私のために買った物を私の知らないうちに私の名義で取得した場合、私が占有することはあっても、私はその物を使用取得することはない。なぜなら我々が知らないうちに使用取得することは、特有財産に含まれる物に限って認められるからである。

パウルスによれば、委託事務管理人が本人のために物を買って取得したが、そのことを本人が知らない場合、本人は委託事務管理人を通じて占有を取得するが、使用取得することはない。パウルスはその理由を、ある者が知らないうちに他人を介して使用取得することが認められるのは、主人が奴隷の特有財産に属する物を、奴隷を介して占有する場合に限られるからである、と述べている。⁽⁸¹⁾

このことは盗品の「権力下への復帰」にも妥当する。D 41.3.47の前半部分の事例やD 41.3.48の前半部分の事例に見られるように、奴隷の特有財産から盗まれた物が奴隷によって再び取得された場合には、その物が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知らないうちに「権力下への復帰」が生じることがある。それは、盗まれたことを主人が知らない場合である。これに

対して、ネラティウス D 41.3.41の事例で、本人の財産から盗まれた物が委託事務管理人によって再び取得された場合に、「権力下への復帰」が生じないと判断されたのは、第1に、「自分の権力下に復帰したこと」を本人が知らない事例であったからである、と考えられる。

確かに、主人と奴隷とその特有財産とが問題となる事例に適用される法理を、本人と委託事務管理人と本人の財産とが問題となる事例に応用するのは「詭弁」と言えるかもしれない。

もっとも、「自分の権力下に復帰したこと」を本人が知らなくても、「権力下への復帰」が生じる場合がある。ネラティウスによれば、委託事務管理人が本人のために買った物を本人の知らないうちに本人の名義で取得した場合、本人が所有権を取得するのは、委託事務管理人が私の指示に基づいて物を買った場合である⁽⁸²⁾。したがって、ネラティウス D 41.3.41の事例で「権力下への復帰」が生じないと判断された第2の理由として考えられるのは、所有者が委託事務管理人に物の売却を指示していなかったから、ということである。

3.3.4 小括

奴隷を介した「権力下への復帰」と同様に自由人を介した「権力下への復帰」においても、「権力下への復帰」の可否は第三者の使用取得によって所有権を脅かされる所有者の利益を考慮して判断される。

もっとも、奴隷を介した「権力下への復帰」については、「盗まれたことを主人が知った」のか否か、が第1の基準となったのに対して、自由人を介した「権力下への復帰」についてはそのような基準を設ける必要はなく、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を所有者が知っているか否か、というパウルスが導入した基準のみが設けられている。しかし、譲渡権限について状況を異にする自由人が問題となっているので、その基準が完全に機能しているとは言えない。そのことを図示したのが次ページの図2である。

受寄者が盗品を自分の所に保持している場合、盗品が「自分の権力下に復

「復したこと」を寄託者が知っているかいないかにかかわらず、「権力下への復帰」が生じる。委託事務管理人が盗品を自分の所に保持している場合、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を本人が知っていることを条件として、あるいは、本人は知らないが、委託事務管理人に物の売却を指示していることを条件として、委託事務管理人を介した「権力下への復帰」が生じる。いずれも所有者と所持者とは契約関係にあり、主人と奴隸という権力関係に適用される法理を適用することはできないからである。

これに対して未成熟者あるいは心神喪失者が盗品を自分の所に保持している場合には、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を、所有者として扱われる後见人あるいは保佐人が知っていることを条件として、未成熟者あるいは心神喪失者を介した「権力下への復帰」が生じる。所有者と保持者との関係は、契約関係というよりは、主人と奴隸との権力関係に近いからであると考えられる。

3.4 所有者が占有を取得しない場合

パウルス D 47.2.85⁽⁸³⁾および D 41.3.4.13⁽⁸⁴⁾によれば、所有者が盗人を相手方として盗品のウィンディカーティオを提起し、所有権の証明に成功したが、審判人の中間裁定に被告が従わないので、訴訟物評価 LITIS AESTIMATIO がなされ、その評価額につき被告に有責判決が下されて、被告によって支払われた評価額を所有者が受け取った場合、所有者が盗品の占有を取得することはない。それにもかかわらず、その物は使用取得されるようになる。

さらに所有者が盗品のウィンディカーティオを提起しなくても、その物が使用取得されるようになることがある。例えばパウルス D 47.2.85において訴訟物評価額の事例と並んで挙げられている、所有者が盗人に盗品を売って引き渡した⁽⁸⁵⁾（盗人が所有者から盗品を買って引き渡された）事例である⁽⁸⁶⁾。ポンポーニウス D 41.3.32pr.⁽⁸⁷⁾によれば、この場合、買主は盗品としてではなく、自分の物として PRO SUO 使用取得占有を開始する。

いずれも、所有者は盗品の占有を取得することはないが、それとは別の形

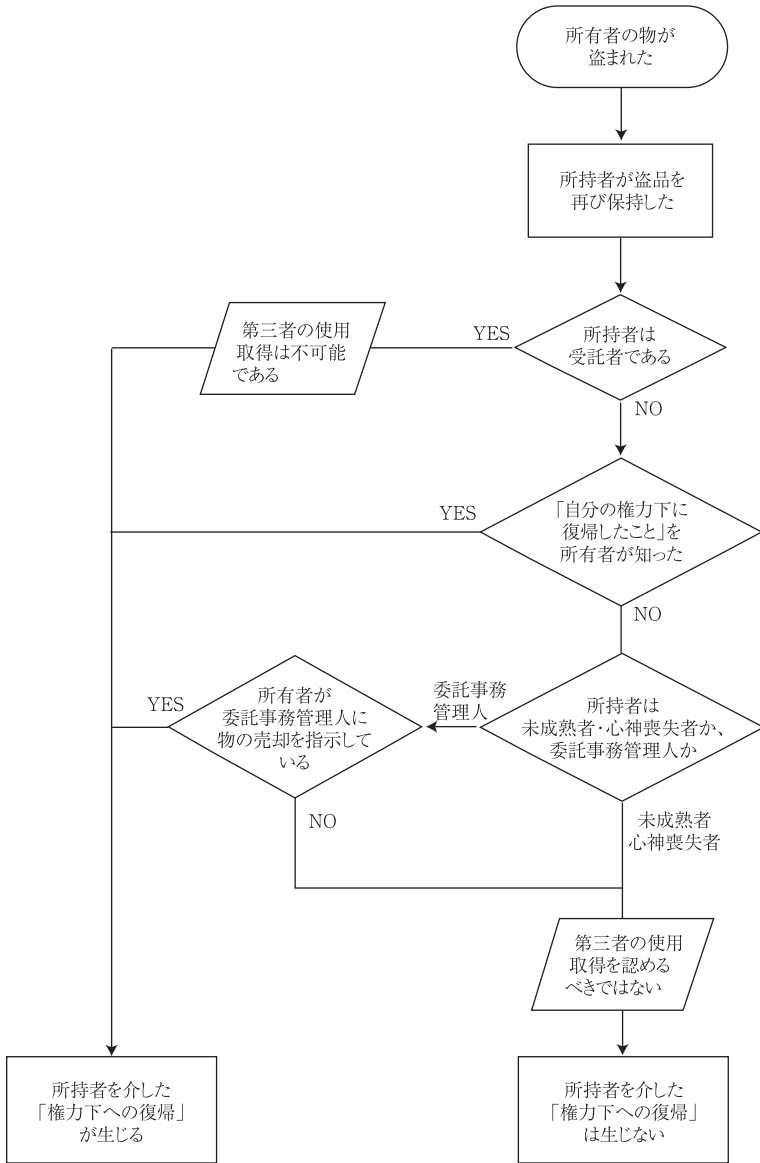


図2 自由人を介した「権力下への復帰」

で所有者が満足を得ている。それゆえ、「権力下への復帰」が生じて第三者が使用取得することになっても、所有者が不意打ちを食らうことはない。

3.5 自分の物として取得すること

「自分の物として取得する」とは、所有者が、自分から盗まれた物であることを知って取得することである。パウルス D 41.3.4.12⁽⁸⁸⁾によれば、所有者が、自分の物すなわち自分から盗まれた物であることを知らずに、それを買った場合、彼の権力下に復帰したとは解されない。それゆえ、トリュフォニヌス D 47.2.87⁽⁸⁹⁾によれば、所有者が、そのようにして買って占有している物を、善意の第三者に売ったとしても、第三者が使用取得することはできない。また、ユーリアヌス D 41.4.7.7⁽⁹⁰⁾によれば、債権者から盗まれた奴隷を債務者が取得し、自分の物であるとは知らない債権者に質入した後、債務を弁済して請け戻した奴隷を第三者に売った場合も、第三者が使用取得することはできない。いずれの場合にも共通して言えるのは、「権力下への復帰」を認めて第三者の使用取得に道を開くことは、所有者にとって不意打ちになる、ということである。

(以下次号)

- (1) MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Auflage, 2005, § 25, S. 125-126. 以下、「1.1. 問題関心」では同箇所の記述に従う。
- (2) 佐藤篤士監訳、早稲田大学ローマ法研究会訳『ガイーウス 法学提要』(以下、佐藤『ガイーウス 法学提要』) 敬文堂(2002年) 62頁、2巻41節「すなわち、わたしがあなたに手中物を握取行為によって譲渡するのではなく、法廷において譲渡するのではなく、たんに引き渡すときは、その物はあなたの財産中に入るが、あなたがその物を占有して使用取得するまでは、クィリーテースの権によって私のものでありつづける。なぜなら、ひとたび使用取得が完成すると、法上完全に、すなわち、あたかもその物が握取行為によって譲渡され、または法廷譲渡されたかのように財産中にあり、かつクィリーテースの権によりあなたのものとなるからである。」

津野義堂「「法務官法上の所有権」のオントロジー」比較法雑誌（日本比較法研究所）42巻4号（2009年）29頁によれば、「法務官法上の所有者を示すために、IN BONIS を用いた表現が使われる」。

- (3) 佐藤『ガーイウス 法学提要』（前掲註2）62頁、2巻43節「さらに、手中物であれ非手中物であれ、所有者でない者からわれわれに引渡された物の使用取得さえ認められる。もっとも、われわれが善意で、すなわち、引渡す者を所有者と信じて受領した場合に限られる。」
- (4) ゲオルク・クリンゲンベルク著、瀧澤栄治訳『ローマ物権法講義』大学教育出版（2007年）69頁によれば、その意義は要約すると次の3つである。①非所有者からの即時取得が存在しなかったので、しばしば使用取得に頼る必要があった。②市民法上の所有者から手中物を引き渡された結果、市民法上の所有者ではなく、「法務官法上の所有者となつたにすぎない」（原文引用）者でも、使用取得によって市民法上の所有者になることができる。③訴訟において自己の所有権を証明しなければならない者にとって、使用取得の完成を援用することができることは、極めて有利である。

②の「法務官法上の所有者となつたにすぎない」という表現は、法務官法上の所有者が市民法上の所有者に比して劣った地位にある、という印象を与えるので不適切である。法務官法上の所有者について理解するには、プーブリキウス訴権についての理解が重要である。そのことに関連して、津野（前掲註2）28-29頁を参照。

- (5) ERIC POOL, Zur Bedeutung und Stellung der ‚causa‘ im System klassischer Ersitzungsvoraussetzungen, *Ius Romanum et orbis iurisprudentiae universalis*. *Studia in honorem Vieslai Litewski*, 2003, SS. 37-60, SS. 38-39は、この言い換えは不当であり、「使用取得」にかんする今日の学説における大部分の問題の震源である、と述べている。エリック・ポール著、西村重雄訳「時効取得要件における「原因」の意義—古典期ローマ法研究—」法政研究70巻3号（2003年）103-150頁は、このPOOL論文の元になった講演（2003年1月、九州大学）原稿（加筆有り）の邦訳である。
- (6) POOL（前掲註5）S. 38. POOL（S. 54）によれば、ローマ法研究者が取り組んだのは、「原因 CAUSA」と「善意 BONA FIDES」とが理論上相互に独立した要素であるのか、それとも「原因 CAUSA」は「善意 BONA FIDES」を要件とするのか、という問題であった。前者の見解を支持したのは R. STINZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852, P. BON-

FANTE, Corso di diritto romano, Vol. II, la proprietà, Parte II, Roma, 1926, p. 249であった。後者の見解を支持したのは J. C. VAN OVEN, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis 16, 1939、TH. MAYER-MALY, Das Putativtitelproblem bei der 'usucapio', Graz-Köln, 1962らであった。

「善意 BONA FIDES」については HERBERT HAUSMANINGER, Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht, Wien-München, 1964を上回る研究は現れていない。この HAUSMANINGER 論文に対する近年の批判として、ALFRED SÖLLNER, Bona fides - guter Glaube?, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (以下、ZSS RA) 125, 2005, SS. 1-61がある。

- (7) POOL (前掲註5) S. 59. KASER/KNÜTEL (前掲註1) S. 125は、「占有 possessio」の下に「占有の正当原因 iusta causa possessionis」を置いている。
- (8) 学説彙纂41巻3章9法文(ガイウス、属州告示註解4巻)「使用取得を受け入れるのはとりわけ有体物である。但し、神聖物、聖護物、ローマ国民と国家の公有物は除かれる。自由人も同様に除かれる。」D.41.3.9 (Gaius 4 ad ed. provinc.): Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum, item liberis hominibus。但し国庫の物について、学説彙纂41巻3章18法文(モデスティヌス、法範録5巻)「たとえ国庫を相手方としては使用取得が生じないとしても、所有者はいないが、まだ公告されていない財産に属する農場の買主になった者は、長期間の占有によって取得することになるのが正当である。そのことは法定されている。」D.41.3.18 (Modestinus 5 reg.): Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat, tamen ex bonis vacantibus, nondum tamen nuntiatis, emptor praedii ex isdem bonis exstiterit, recte diutina possessione capiet: idque constitutum est。
- (9) 最近の代表的な研究として、佐々木健「特示命令と神法物」法学論叢158巻4号(2006年)82-111頁。
- (10) GIOVANNI NICOSIA, Acquisto del possesso «per procuratorem» e «reversio in potestatem domini» delle «res furtivae», IVRA 11, 1960, pp. 189-201.
- (11) HANS ANKUM, L'application de la loi Atinia aux cas de furtum pignoris et de furtum fiduciae, Auctoritas: melanges offerts a Olivier Guillot, 2006, pp. 17-27.
- (12) MARINA FRUNZIO GIANCOLI, La «lex Atinia de rebus subreptis»: Un'ipotesi

sulla datazione, LABEO 43, 1997, 259-271.

- (13) BERNARDO ALBANESE, Contributo alla storia dell'interpretazione della «lex Atinia», LABEO 12, 1966, pp. 18-65.
- (14) ユースティーニアヌス帝、法学提要 2 卷 6 章 2 法文「盗品や暴力によって占有された物も、たとえ前述の長期間、善意で占有されたとしても、使用取得することはできない。なぜなら、盗品の使用取得を 12 表法およびアティーニウス法が禁止し、暴力によって占有された物の使用取得をユーリウス＝プラウティウス法が禁止したからである。」Inst Iust 2.6.2: *Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhi- bet usucapionem, vi possessorum lex Iulia et Plautia.*
- (15) ユースティーニアヌス帝、法学提要 2 卷 6 章 3 法文「ところで、盗品や暴力によって占有された物の使用取得が法律によって禁止されている、と言われるのは、盗人や暴力によって占有した者自身が使用取得することができない、という意味ではない。というのも、盗人や暴力によって占有した者は別の理由、すなわち悪意で占有したから、使用取得することができないのである。そうではなくて、第三者が、たとえ盗人や暴力によって占有した者から善意で買ったか、その他の〔正当〕原因に基づいて引渡を受けたとしても、使用取得する法権利を持たない、という意味である。それゆえ、動産について善意の占有者が使用取得することができる事態は容易には生じない。なぜなら、他人の物を売るか、その他の〔正当〕原因に基づいて引渡す者は、その物の盗を犯すことになるからである。」Inst Iust 2.6.3: *Quod autem dictum est furtivaram et vi possessorum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit: nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident: sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi ius habeat. unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit.*
- (16) ユースティーニアヌス帝、法学提要 2 卷 6 章 8 法文「ときには、盗品や暴力によって占有された物でさえ使用取得することができる場合がある。例えば、それらの物が〔市民法上の〕所有者の権力下に復帰した場合である。なぜなら、この場

合には、物の瑕疵は除去され、その物の使用取得が成立するからである。」Inst Iust 2.6.8: Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest: veluti si in domini potestatem reversa fuerit. tunc enim vitio rei purgato procedit eius usucapio.

(17) Aulus Gerrius, Noctes Atticae 17.7.1: Legis veteris Atinae verba sunt: “Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto.”

(18) アウルス・ゲッリウス『アッティカの夜』17巻7章3節「しかしクウィントゥス・スカエウォラは次のように述べている。自分の父クウィントゥス・スカエウォラとブルートゥスとマニリウスは、際立った学者たちであるが、アティーニウス法は定められた後で犯された盗に対してのみ適用されるのか、それとも定められる前に犯された盗にも適用されるのか、と疑問に思い、問題とした。なぜなら、subruptum erit は、過去と未来いずれの時制も示しているように解されるからである。」Aulus Gerrius, Noctes Atticae 17.7.3: Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam “subruptum erit” utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum. アティーニウス法を含む共和政期の法の遡及効については、谷栄一郎訳「ウェッレス弾劾I 第二回公判弁論 第一演説」109節、155-156頁(『キケロー選集4 法廷・政治弁論IV』岩波書店(2001年)所収)にも述べられている。

(19) KASER/KNÜTEL(前掲註1) § 25, S. 125. これに対して GIANCOLI(前掲註12)は、非法文史料の分析から、アティーニウス氏族 gens Atinia が紀元前202年から131年にかけて史料に現れることを明らかにした上で、紀元前149年にアティーニウス法が制定されたと考えるのが最も蓋然性が高い(p. 265)、と述べている。

(20) 我が国における近年の主な研究としては、吉野悟『ローマ所有権法史論』有斐閣(1972年)、林信夫「ローマ売買法における使用取得(usucapio)制度の機能」(一)(二・完)法学(東北大学法学会)42巻2号(1978年)159-198頁、3号(1978年)270-320頁、谷口貴都『ローマ所有権譲渡法の研究』成文堂(1999年)、足立清人「古ローマ期の所有権について」(1)(2・完)早稲田大学大学院法研論集97号(2001年)366-347頁、98号(2001年)338-314頁、同「古ローマ期の握取行為(mancipatio)について」早稲田大学大学院法研論集101号(2002年)486-463頁がある。

(21) 谷口(前掲註20)30頁。

- (22) 我が国における近年の USUS AUCTORITAS 研究としては、吉野（前掲註20）第二章「古代ローマ法における usus-auctoritas の規定について」48-91頁、林（前掲註20）、谷口（前掲註20）「第二章 古ローマ法における時効制度」47-107頁がある。
- (23) 佐藤篤士『LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳および解説』早稲田大学比較法研究所（1969年）106-109頁。
- (24) 谷口（前掲註20）79-82頁、林（前掲註20）195-197頁。木庭顕『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会（2009年）476-479頁は、USUS AUCTORITAS を専ら迫奪担保責任とする見解を批判する。
- (25) TORSTEN GÖHLERT, Der Erwerb unterschlagener bzw. gestohlener Sachen vom Nichtberechtigten, Berlin, 2007, S. 117. 林（前掲註20）176頁。このことと、ガイウスやユースティニアヌス帝が、12表法は盗品の使用取得を禁止した、と述べていることから、12表法Ⅷ表17にアティーニウス法と同様の規定があったとされている。例えば、佐藤（前掲註23）172-175頁。もっとも、2つの法律 LEX が同一の内容を規定していたのか、異なっていたのかについて学説は多岐に亘る。林（前掲註20）177-179頁、註22は諸学説を、「(1) 両法律間に差異ありとの前提」で、「(ア) 盗物 (res furtivae) と奪取物 (res subreptae) とを区別し、後者につきアティーニウス法が初めて規定した、とする説」、「(イ) 所有者への復帰 (reversio ad dominium) の点で違うとする説」、「(ウ) 十二表法が盗自身、アティーニウス法が盗物、の規定だとする説」、「(エ) 無関係であるとする説」、「(2) 両法律間に差異なしとする説」に分類し、私見として、「少なくともアティーニウス法は十二表法の繰り返しではない」と述べている。谷口（前掲註20）106頁は、現時点でこの問題に明確に答えることはできない、と述べている。
- (26) 林（前掲註20）277-278頁。
- (27) 佐藤『ガイウス 法学提要』（前掲註2）62-63頁、2巻45節「けれども、ある者がいかに善意で他人の物を占有しようとして、その者のために使用取得が完成しない場合がある。例えば、ある者が盗品あるいは暴力によって占有された物を占有している場合である。なぜなら、盗品については12表法が、暴力によって占有された物についてはユールius法とプラウティウス法が使用取得を禁止しているからである。」
- 同63頁、2巻49節「盗品の使用取得や暴力によって占有された物の使用取得が12表法によって禁止された、と一般に言われていることは、盗人自身あるいは暴力に

よって占有した者自身が使用取得できない、ということの意味するのではない(そのような者には別の理由によって使用取得が認められない。すなわち、明らかに悪意で占有しているからである)。むしろ、その者から善意で買ったとしても、第三者は使用取得する権利をもたない、という意味である。」

- (28) Gaius Inst 2.50: Vnde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem uendit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. (以下省略)
- (29) OTTO LENEL, Palingenesia iuris civilis, Graz, 1960 (Neudruck), Paul. Nr. 656-676.
- (30) D 41.3.4.6 (Paulus 54 ad ed.): Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est. igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.
- (31) 原語の creditor は直訳すれば「債権者」であるが、盗まれることになる所有者の物を持っている点で、質権者に限定される。
- (32) そのことはすでに ALBANESE (前掲註13) p. 40によって指摘されている。学説彙纂41巻3章49法文(後掲註95および対応法文)参照。
- (33) この言い回しを用いているのは、パウルス D 41.3.4.12, D 41.3.4.21, D 41.3.4.25, D 47.2.85, D 50.16.215; ウルピアーヌス D 47.2.17.3, D 48.5.28.13 (in potestatem dominorum), D 48.18.1.27, D 48.19.8.12; ユーリアーヌス D 41.4.7.7, D 47.2.57 pr.; ラベオー D 41.3.4.9; ウェノニウス D 47.8.6; トリュフォニーヌス D 47.2.87。
- (34) 林(前掲註20) 176-181頁を参照。
- (35) D 47.2.1.3 (Paulus 39 ad ed.): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.
- (36) 学説彙纂41巻3章36法文首項(ガイウス、日常法書2巻)「ある者が他人の物を何らかの錯誤により自分の物として例えば売ってあるいは贈与して、その結果、その物が善意の占有者によって使用取得されることができ、ということはいくつもの仕方では生じることがある。例えば、相続人が、被相続人に使用貸与されあるいは賃貸された物、または寄託された物を、相続財産に属する物であると思ひ込ん

で、他人に譲渡した場合である。」D 41.3.36pr. (Gaius 2 rer. cott.): Potest pluribus modis accidere, ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tamquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit: veluti si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse alienaverit.

学説彙纂41卷3章36法文1項(ガイウス、日常法書2卷)「同様に、ある者が、何らかの思い込みにより誤って、〔本当は〕自分に帰属しない相続財産が自分に帰属すると信じて、相続財産に属する物を他人に譲渡した場合、あるいは、女奴隷の用益権を有する者が、家畜の仔は用益権者に帰属するのであるから、女奴隷の子も自分の物である、と思い込んで他人に譲渡した場合、」D 41.3.36.1 (Gaius 2 rer. cott.): Item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem usus fructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit,

(37) 学説彙纂41卷3章37法文首項(ガイウス、法学提要2卷)「盗を犯さない。なぜなら、盗は盗む意思がなければ犯されないからである。」D 41.3.37pr. (Gaius 2 inst.): Furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.

(38) 佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2)172頁、3卷196節「したがって、ある者が彼に寄託された物を使用したら、彼は盗を犯したことになる。また、ある者が使用のために物を受け取り、そしてそれを別の用途に用いたら、盗〔訴権〕で拘束される。例えばある者が、あたかも友人を食事に招くかのように、銀の皿を使用のために受け取ったが、それを国外に持ち出したり、あるいは乗馬のために使用貸借された馬をより遠くへ連れていった場合である。古法学者は〔使用貸借した馬を〕戦場に連れていった者についてこれを記している。」

(39) 学説彙纂41卷4章7法文3項(ユリアーナス、学説彙纂44卷)「後見人が未成熟者の物を盗んで売った場合、その物が未成熟者の権力に復帰するまでは、使用取得は生じない。なぜなら、後見人が未成熟者の財産について所有者として扱われるとされるのは、後見を遂行している場合であって、未成熟者から略奪する場合ではないからである。」D.41.4.7.3 (Iulianus 44 dig.): Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam admin-

istrat, non cum pupillum spoliat.

学説彙纂47巻2章33法文(ウルピアヌス、サビーヌス註解41巻)「後見人は、なるほど未成熟者の事務の管理を行うが、横領する権力が彼に与えられてはいない。それゆえ、盗む意思で横領した場合、盗を犯すのであって、〔盗まれた〕物が使用取得されることはできない。さらに、たとえ〔被後見人が〕後見人を相手方として後見訴権で訴えることができるとしても、〔後見人は〕盗訴権によっても責任を負わされる。後見人について書かれたのと同じことが、25歳未満者の保佐人やその他の保佐人についても当てはまる。」D 47.2.33 (Ulpianus 41 ad Sab.): Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.

- (40) 佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2)173頁、3巻200節「人は自分の所有物についても盗を犯すことがある。例えば、債務者が債権者に質物として与えた物を窃取した場合、あるいは私が私の所有物をその善意の占有者から窃取した場合である。したがって、他人が善意に占有していた自分の奴隷が自分のもとの帰ってきたときに、この奴隷を隠した者は盗を犯すと認められた。」
- (41) 佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2)174頁、3巻204節「そのため、債権者は盗まれた質物について盗訴権を提起できるということが確立している。それは、たしかに、たとえ所有者自身、すなわち債務者自身がその質物を盗んだ場合であっても、それにもかかわらず債権者は盗訴権を援用できるというほどである。」学説彙纂13巻7章3法文(ポンポニーヌス、サビーヌス註解18巻)「君の債務者から金銭を今にも手元に受け取ろうとしている君が、債務者に質物を返還した。すると、債務者が質物を窓から投げて、別の者が受け取ろうとした。彼は、債務者がそうするために故意に配置していた者であった。この場合、債務者を相手方として盗訴権および提示訴権で訴えることができる、とラベオーは述べている。君が質反対訴権で訴えたところ、債務者が、質物は自分に返還された、との抗弁を提出した場合、悪意および詐欺についての再抗弁が提出されることになる。それによって、質物は返還されたのではなく、計略で奪われた、と解される。」D 13.7.3 (Pomponius 18 ad Sab.): Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de

industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur.

学説彙纂47卷2章19法文5項(ウルピアーヌス、サビーヌス註解40卷)「物を質入して質物を盗んだ者は、盗訴権で責任を負わされる。」D 47.2.19.5 (Ulpianus 40 ad Sab.): Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur.

学説彙纂47卷2章67法文首項(パウルス、プラウティウス註解7卷)「物を質入した者が、質物を売却した場合、たとえ所有者であるとしても、盗を犯す。質物を債権者に引き渡していた場合も、特約によって抵当に入れていたにすぎない場合も、である。ユリアーナスもそのように考えている。」D 47.2.67pr. (Paulus 7 ad Plaut.): Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat.

(42) 学説彙纂47卷2章20法文1項(パウルス、サビーヌス註解9卷)「君が善意で私の物を買ったが、その物を私が盗んだ場合、あるいはまた、君が用益権者であって、私かその物を横領した場合、たとえ私が所有者であるとしても、私は君に盗訴権で責任を負わされる。しかし、これらの場合に、あたかも盗品であるかのように、使用取得が妨げられることはない。なぜなら、別の者が[君から]盗んで、物が私の権力下に復帰した場合も、使用取得されるからである。」D 47.2.20.1 (Paulus 9 ad Sab.): Si bona fide rem meam emeris eamque ego subripuero, vel etiam tuus usus fructus sit et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impeditur, quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapiebatur.

(43) 学説彙纂47卷2章15法文1項(パウルス、サビーヌス註解5卷)「所有者は、他人の用益権に服する物を盗んだ場合、用益権者に対して盗の責任を負わされる。」D 47.2.15.1 (Paulus 5 ad Sab.): Dominus, qui rem subripuit, in qua usus fructus alienus est, furti usufructuario tenetur. 学説彙纂47卷2章20法文1項(前掲註42)も参照。

(44) 佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2) 173頁、3卷201節「これとは反対に、他人の物を先占し使用取得することが承認され、盗が行われたとはみなされな

いことがある。例えば、必然相続人がいないときに、相続人が占有を取得していない相続財産に属する物の場合である。というのは、必然相続人がいるときには、いかなる物も相続人として使用取得することはできないと認められていたからである。同様に、債務者は、信託を原因として債権者に握取行為によって売却または法廷譲渡した物を、我々が前巻で述べたように、盗を犯すことなしに占有し使用取得することができる。」

もっとも相続財産に属する奴隷が盗まれ、その用益権が遺贈されている場合には、用益権者に盗訴権が付与されるので、奴隷は盗品となり、使用取得することはできない。学説彙纂41巻3章35法文(ユーリアーヌス、ウルセイウス・フェロクス註解3巻)「奴隷の用益権が遺贈されたが、その奴隷が相続人によって占有されないまま盗まれた場合、相続人は盗訴権を持たないので、使用取得されることができるのか、が問われる。サビーヌスは、それを理由として盗訴権で訴えられる可能性があるところの物を使用取得することはなく、用益するはずの者が盗訴権で訴えることができる、と答えた。しかし、このことは、用益権者が使用収益することができる場合には、と解されるべきである。というのも、そうでなければ奴隷を訴訟の対象にすることはできないからである。しかし、すでに用益されている奴隷が誘拐された場合、用益権者だけでなく相続人も盗訴権で訴えることができる。」D 41.3.35 (Iulianus 3 ad Urs. Ferozem): Si homo, cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse. quod si accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui: aliter enim homo in causa non perduceretur. sed si utenti iam et fruenti abductus homo fuerit, non solum ipse, sed etiam heres furti agere poterit.

MARINA FRUNZIO GIANCOLI, Sabino e l'usucapione delle «res furtivae», LABEO 42, 1996, pp. 403-411, p. 409はこのユーリアーヌス文に基づいて次のように主張する。サビーヌスは、財貨の交換とその確実性を促進するために、アティーニウス法の規定を制限的に解釈しようとした。すなわち使用取得することができない物を、盗訴権の対象となる盗品 *res furtivae* だけに限定しようとした、と。これに対して RICCARDO ASTOLFI, Sabino e la lex Atinia, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (以下、SDHI) 70, 2004, pp. 499-505, p.504は次のように反論する。盗訴権 *actio furti* が提起されることができるときには使用取得されることができない、

という準則を反対解釈して、盗訴権が提起されない場合には常に使用取得することができる、とサビーンズが考えていたとは言えない、と。

(45) e. g. D 1.5.26, D 6.2.11.2, D 6.2.11.3, D 6.2.11.4, D.41.3.4.15, D.41.3.4.16, D. 41.3.4.17, D.41.3.33pr., D.41.4.9, D.41.4.10, D 41.10.4pr., D.47.2.48.5.

(46) e. g. D.41.3.35.

(47) e. g. D.41.3.10.2.

(48) e. g. D.41.3.4.19, D.41.3.4.20.

(49) 林 (前掲註20) 305頁。

(50) 学説彙纂41巻3章37法文1項 (ガーイウス、法学提要2巻)「他人の土地の占有も暴力によらずに取得することができる場合がある。それは、土地が所有者の怠慢によって、すなわち所有者が死亡して相続人がいないこと、あるいは長期間不在であることを理由として、無人の場合である。」D 41.3.37.1 (Gaius 2 inst.): Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit.

学説彙纂41巻3章38法文 (ガーイウス、日常法書2巻)「なるほど、その土地を占有者自身が使用取得することはできない。なぜなら、自分が他人の土地を占有していることを知っていて、それゆえに悪意で占有しているからである。しかし、善意で取得する他人に引き渡したならば、その者は使用取得することができる。なぜなら、暴力によって占有された物でもなく、盗品でもない物を占有するからである。というも、〔この場合に〕土地の盗も生じる、と考える何人かの古法学者の見解は廃棄されたからである。」D 41.3.38 (Gaius 2 rer. cott.): Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.

(51) D 41.3.4.12 (Paulus 54 ad ed.): Tunc in potestatem domini redisse dicendum est, cum possessionem eius nactus sit iuste, ut avelli non possit, sed et tamquam suae rei: nam si ignorans rem mihi subreptam emam, non videri in potestatem meam reversam.

(52) 学説彙纂41巻3章4法文25項 (パウルス、告示註解54巻)「所有者が土地の占有者を暴力で追い出した場合、所有者の権力に復帰したとは解されない、とカッシウ

スは述べている。なぜなら、「占有者は」不動産占有回復 UNDE VI の特示命令で占有を回復することになるからである。」D.41.3.4.25 (Paulus 54 ad ed.): Si dominus fundi possessorem vi deiecerit, Cassius ait non videri in potestatem eius redisse, quando interdicto unde vi restitutus sit possessionem.

- (53) パウルスが伝えるサビーヌスとカッシウスの見解はそのことを示唆している。学説彙纂50巻16章215法文(パウルス、フーフィウス・カニーニウス法註解単巻)「POTESTAS という言葉には複数の意味がある。公職者の地位においては命令権である。家子の地位においては家父権である。奴隷の地位においては所有権である。これに対して我々が、奴隷を弁護しない者を相手方として加害者委付につき訴える場合は、「原告が奴隷の」身体を自由に取り扱う可能性や能力を意味する。アティーニウス法においては、「所有者が」盗品のウィンディカーティオを提起する権限 POTESTAS を〔すでに〕有しているとしても、盗品は所有者の権力 POTESTAS 下へと復帰する、と解される、とサビーヌスやカッシウスは述べている。」D 50.16.215 (Paulus I.S. ad l. Fuf. Canin.): “Potestatis” verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditioe cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.

- (54) 学説彙纂41巻2章1法文5項(パウルス、告示註解54巻)「同様に、我々は奴隷あるいは権力に服する家子を介して、例えば彼らが特有財産として保持する物の占有を、〔その経緯について〕知らなくても取得する。そのことはサビーヌス、カッシウス、ユーリアーヌスによって支持されている。なぜなら、我々は彼らに特有財産を保持することを許したのであって、彼らは我々の意思に基づいて占有すると解されるからである。それゆえ、特有財産に基づいて幼児も心神喪失者も占有を取得し、使用取得する。相続財産に属する奴隷が買った場合、相続人も。」D 41.2.1.5 (Paulus 54 ad ed.): Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat.

学説彙纂41巻2章44法文1項 (パーピニアース、質疑録23巻)「問われるのは、占有が特有財産に基づき奴隷を介して、〔そのことを〕知らない者に取得されるのはなぜか、ということである。私は次のように述べた。〔それは〕利便性のために特別の法によって広く認められている。その結果、主人は特有財産の構成や取得原因を常に調査するよう強制されない。もっとも、そのような形は、占有が意思のみによって取得されると解される、ということの意味しない。これに対して、何かが特有財産に基づくことなく取得される場合、確かに主人が知っていることは不可欠であるが、物理的には奴隷を介して占有が取得される、と。」D 41.2.44.1 (Papinianus 23 quaest.): Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogere dominum per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem.

(55) 学説彙纂41巻3章8法文首項 (パウルス、告示註解12巻)「ラベオーとネラティウスは、奴隷が特有財産として取得した物は使用取得されることができ、なぜならそのことを知らなくても主人は使用取得するからである、と答えている。同じことをユリアースが書いている。」D.41.3.8pr. (Paulus 12 ad ed.): Labeo Neratius responderunt ea, quae servi peculiariter nacti sunt, usucapi posse, quia haec etiam ignorantes domini usucapiunt: idem Iulianus scribit.

(56) D 41.3.4.7 (Paulus 54 ad ed.): Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam redisse: commodius dicitur, etiamsi sciero, redisse eam in meam potestatem (nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit ignorante me, servus adprehendat): si modo in peculio eam esse volui: nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim.

(57) 学説彙纂47巻2章57法文2項 (ユリアース、法学大全22巻)「盗まれた特有財産が奴隷の権力下に復帰したならば、盗の瑕疵は解消され、その結果、〔物は〕特有財産に帰属し、主人によって占有されるようになる。」D 47.2.57.2 (Iulianus 22 dig.): Si res peculiaris subrepta in potestatem servi redierit, solvitur furti vitium et incipit hoc casu in peculio esse et a domino possideri.

(58) 学説彙纂41巻3章34法文 (アルフェーヌス、法学大全1巻 (パウルスによる抜

粹)「奴隷が主人の知らない間に特有財産に属する物を売った場合、買主は使用取得することができる、と。」D.41.3.34 (Alfenus 1 dig. a Paulo epit.): Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse.

(59) D 41.3.4.8 (Paulus 54 ad ed.): Ideoque et si servus meus rem mihi subriperit, deinde eandem loco suo reponat, poterit usucapi, quasi in potestatem meam redierit, utique si nescii: nam si scivi, exigimus, ut redisse sciam in meam potestatem.

(60) 学説彙纂47巻2章57法文3項(ユーリアーヌス、法学大全22巻)「これに対して、奴隷が自分の特有財産に属する物を盗むつもりで持ち去った場合、それを保持している限り、その状況は変わらない(すなわち何も主人から奪われていない)。しかし、誰かに引き渡した場合、盗を犯すことになる。」D 47.2.57.3 (Iulianus 22 dig.): Cum autem servus rem suam peculiarem furandi consilio amovet, quamdiu eam retinet, condicio eius non mutatur (nihil enim domino abest): sed si alii tradiderit, furtum faciet.

(61) D 41.3.4.9 (Paulus 54 ad ed.): Item si eam rem, quam servus subriperit, peculiari nomine teneat, non videri in potestatem meam reversam Pomponius ait, nisi ita habere coeperimus, quemadmodum habuimus, antequam subriperetur, aut, cum rescissemus, in peculio eum habere concessimus: item Labeo.

(62) 学説彙纂41巻2章15法文(ガイウス、属州告示註解26巻)「物が我々から盗まれた場合、我々はその物を占有するのを止めると解される。我々から暴力によって奪われた物も同様である。しかし、盗んだのが我々の権力に服する者である場合、盗品が彼の手元にある限り、我々は占有を失わない。なぜなら、この種の人を通じて我々は占有を取得するからである。このような理由で、我々は逃亡奴隷を占有すると解される。というのも、他人の物の占有を妨げることができない者は誰であれ、自分の占有をも妨げることができないからである。」D 41.2.15 (Gaius 26 ad ed. provinc.): Rem, quae nobis subrepta est, perinde intellegimur desinere possidere atque eam, quae vi nobis erepta est. sed si is, qui in potestate nostra est, subriperit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem, quia per huiusmodi personas acquiritur nobis possessio. et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem

potest.

(63) 学説彙纂41巻2章24法文(ヤウォレーヌス、書簡集14巻)「君の奴隷が君の知らない間に暴力によって占有した物を、君は占有しない。なぜなら、君の権力に服する者が、知らない君のために取得することができるのは、物理的な占有ではなく正当な占有だからである。例えば奴隷は、特有財産に基づいて彼に帰属する物を占有する。その場合、主人も奴隷を通じて占有すると言われる。その最大の理由が、正当原因に基づき奴隷によって物理的に保持された物は奴隷の特有財産に帰属し、奴隷が市民的に占有することはできないが自然的に保持する特有財産を、所有者は占有すると考えられる、という点にあるのは明らかである。これに対して、〔奴隷によって〕不法に取得される物は、所有者の占有には帰属しない。なぜなら、〔奴隷は〕特有財産という原因を持っていないからである。」D 41.2.24 (Iavolenus 14 epist.): Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest acquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.

(64) 本稿図1を参照。

(65) ガーイウス、法学提要2巻95節「以上のことから、我々の権力に服していない、あるいは我々が善意で占有していない自由人を通じて、または我々の用益権に服していない、あるいは我々が正当な占有を有していない他人の奴隷を通じて、いかなる原因に基づいても、〔何かが〕我々に取得されることができないのは明らかである。このことは、家父の権力に服していない者を通じて〔何かが〕我々に取得されることができない、と一般に言われている。占有については、委託事務管理人を通じて〔何かが〕我々に取得されるのかどうか、が問題となる。」Gai Inst 2.95: Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos seruos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. et hoc est, quod uulgo dicitur per extraneam personam nobis

adquiri non posse; tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem nobis adquiratur.; FIRA (S. RICCOBONO/J. BAVIERA/C. FERRINI/V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes iuris Romani anteiustiniani II*, Florentiae, 1940 (1968)) では per extraneam (佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2) 73頁はこれに従う)、W. M. GORDON/O. F. ROBINSON, *The Institutes of Gaius*, Cornell University Press, 1988では per liberam personam となっているが、M. DAVID/H. L. W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV*, Text, Leiden, 1953-1968および U. MANTHE, *Institutionen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1., Aufl. 2004は per procuratorem となっている。本稿は per procuratorem として理解する。

(66) REINHARD ZIMMERMANN, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town: Juta, 1990, p. 205.

学説彙纂16巻3章17法文1項(フロールス、法学提要7巻)「寄託物の所有権は寄託者に留まる。占有もそうである。(以下省略)」D 16.3.17.1 (Florus 7 inst.): *Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*

(67) 学説彙纂41巻2章1法文20項(パウルス、告示註解54巻)「委託事務管理人、後見人、保佐人を通じて我々のために占有が取得される。これに対して、彼らが単に自分の働きを役立てる意図ではなく、自分の名義で占有を取得した場合、我々のために取得することはできない。そうではなくて、我々の名義で取得した者を通じて我々のために占有が取得されない、と我々が言うならば、物の引渡しを受けた者は、占有する意思を有しないが故に、占有しないし、引き渡した者も、占有を放棄したが故に、占有しない、ということになるであろう。」D 41.2.1.20 (Paulus 54 ad ed.): *Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.*

(68) D 41.3.4.10 (Paulus 54 ad ed.): *Si rem, quam apud te deposueram, luci faciendi causa vendideris, deinde ex paenitentia redemeris et eodem statu habeas: sive ignorante me sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem*

meam redisse secundum Proculi sententiam, quae et vera est.

(69) JOHANN FEHE 版の標準註釈付ローマ法大全 (Corpus iuris civilis iustinianei, studio et opera Ioannis Fehi. Reimpressio phototypica editionis 1627. Osnabruck : O. Zeller, 1965-1966.) や G. C. GEBAUER/G. A. SPANGENBERG 版のローマ法大全 (Corpus iuris civilis. Gottingae : Apud I.C. Dieterich, 1776-1797、福岡大学図書館 Web サイト内 『『ゲバウエル=シュパンゲンベルク版・ローマ法大全』について <http://www.lib.fukuoka-u.ac.jp/e-library/data/romahoutaizenn/newpage.1.htm>』から検索可能) では、上記 D 41.3.4.9 末尾に置かれていた Item Labeo (「ラベオーも同様に [述べている]」) が、D 41.3.4.10 冒頭に置かれている。K. E. OTTO/B. SCHILLING/K. F. F. SINTENIS によるローマ法大全の独語訳 (Das Corpus iuris civilis (Romani), Leipzig : C. Focke, 1831-1839. Reprint. Aalen : Scientia Verlag, 1984-1985) や H. HULOT/J. BERTHELOT/P. TISSOT/A. BERENGER F. による仏語訳 (Corps de droit civil romain en latin et en francais, Metz : Lamort, 1811. Reprint. Aalen : Scientia Verlag, 1979) はこれに従っている。他方、MOMMSEN 版のローマ法大全では、D 41.3.4.9 末尾に置かれている。A. WATSON による学説彙纂の英語訳 (The Digest of Justinian, Philadelphia, Pa. : University of Pennsylvania Press, c1985) や J. E. SPRUIT/R. FEENSTRA/K.E.M. BONGENAAR によるローマ法大全の蘭語訳 (Corpus iuris civilis, Zutphen : Walburg Pers, 1993-) はこれに従っている。Item Labeo を D 41.3.4.10 冒頭に置くと、内容上、師であるラベオーが弟子のプロクルスの見解を引用していることになり、違和感を覚える。本稿は、D 41.3.4.9 末尾に置く説に従う。

(70) ガーイウス、法学提要 3 卷 196 節 (前掲註 38) 参照。寄託物の返還を拒絶しただけでは盗にならない。学説彙纂 47 卷 2 章 68 法文首項 (ケルスス、法学大全 12 卷) 「寄託 [物の返還] を拒絶することによっては誰も盗を犯さない (なぜなら拒絶そのものは、盗も同然であるとはいえ、盗ではないからである)。しかし、横領するためにその占有を取得する場合、盗を犯す。それを保管している時に、自分のために持つことを決めた [ならば、盗を犯すのであって、] 指輪を指にはめるか、それとも宝石箱に入れるかは重要でない。」 D 47.2.68pr. (Celsus 12 dig.) : Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est) : sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliothea quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.

- (71) 学説彙纂41巻2章3法文18項(パウルス、告示註解54巻)「君が盗を犯す意図で、君に寄託された物に触れる場合、〔寄託者である〕私は占有を中止する。これに対して、君が寄託物をその場所から動かさずに、〔寄託物の返還を〕拒絶する意思を有している〔にすぎない〕場合、多くの古法学者、サビーヌス、カッシウスが、占有は私に留まる、と答えたのは正しい。なぜなら盗は物に触れることなくしては犯されないし、意思のみで盗が犯されることはないからである。」D 41.2.3.18 (Paulus 54 ad ed.): Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.
- (72) ALBANESE (前掲註13) pp. 51-55は、ラベオーとその後継者(プロクルスとポンポーニウス)がD 41.3.4.8からD 41.3.4.10までの各事例で「権力下への復帰」が生じるメルクマールとしたのは、盗人が盗品を、盗む以前と同じ状態で持っていること *eodem statu habere* であった、ということを強調する。しかしそれは盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知らない場合だけである。D 41.3.4.8およびD 41.3.4.9では、盗品が「自分の権力下に復帰したこと」を主人が知った場合、もはや盗む以前と同じ状態ではない。それゆえ主人の新たな意思が「権力下への復帰」を左右することになる。
- (73) 学説彙纂26巻7章27法文(パウルス、プラウティウス註解7巻)「後見事務を管理している後見人は、未成熟者の保護を目的とする限りで、所有者として扱われる、と解されるべきである。」D 26.7.27 (Paulus 7 ad Plaut.): Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.; MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., 1971 (以下、RPR I) § 87, II, 1, S. 360.
- (74) 佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2) 210頁、4巻82節「さて、われわれは自分の名義で、または他人の名義で訴訟を行うことに注意しなければならない。後者は、例えば訴訟代理人、委託事務管理人、後見人、保佐人として訴訟を行う場合である。かつて法律訴訟が用いられていたときには、特定の場を除いて他人の名義で訴訟を行うことは許されていなかった。」
MAX KASER, RPR I, § 87, II, 2, S. 360; MAX KASER/KARL HACKL, RZ, § 28 II, 3, SS. 206-207; § 29, IV, S. 217.

- (75) D 47.2.57.4 (Iulianus 22 dig.): Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt.
- (76) D 41.3.4.11 (Paulus 54 ad ed.): Si pupilli res subrepta sit, sufficere dicendum est, si tutor eius sciat redisse eam in domum pupilli: et si furioso, sufficere curatores scire.
- (77) MAX KASER, RPR I, § 62, III, 3, SS. 263-264; V, 2, SS. 265-266; § 95, II, 4, S. 393.
- (78) D.41.3.41 (Neratius 7 membr.): Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit.
- (79) NICOSIA (前掲註10) p. 191によれば、BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, LABEO 1, 1955, pp. 280-292は、ネラティウスの見解の前半部分 (quamvis から conveniat まで) については、彼の時代にはまだ議論が続いていたのであり、後半部分 (nihilo から existimandum est まで) については、前半部分と矛盾するのであって、quamvis から conveniat までの信憑性を疑っている。NICOSIA はこれに反論している。
- (80) D.41.3.47 (Paulus 3 ad Ner.): Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucipiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.
- (81) 学説彙纂41卷3章8法文首項 (前掲註55) 参照。
- (82) 学説彙纂41卷1章13法文首項 (ネラティウス、法範録6卷) 「委託事務管理人が私の指示に基づいて私のために物を買って、物が私の名義で引き渡された場合、私は、〔引き渡されたことを〕知らなくても、所有権 DOMINIUM すなわち所有物 PROPRIETAS を取得する。」 D 41.1.13 pr. (Neratius 6 regul.): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur etiam ignorantibus.
- (83) 学説彙纂47卷2章85法文 (パウルス、ネラティウス註解2卷) 「盗品は、所有者

に復帰してからでなければ、使用取得されることができない。とはいえ、盗品について訴訟物評価がなされたならば、あるいは所有者が盗人にその物を売ったならば、その時は使用取得の権利は妨げられない、と言われるべきである。」D 47.2.85 (Paulus 2 ad Ner.): Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen, si eo nomine lis aestimata fuerit vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari iam usucapionis ius dicendum est.

(84) 学説彙纂41巻3章4法文13項(パウルス、告示註解54巻)「私が私から盗まれた物のウィンディカーティオを提起し、訴訟物評価額を受け取った場合、物理的にその物の占有を取得していないとしても、使用取得されることになる。」D 41.3.4.13 (Paulus 54 ad ed.): Sed et si vindicavero rem mihi subreptam et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur.

(85) ポンポニーウス D 41.3.32 pr. で「引き渡された物として pro tradita」と言われているように、この引渡しは短手の引渡し TRADITIO BREVI MANU である。

(86) パウルス D 41.3.4.14で言われているのも、この事例である。学説彙纂41巻3章4法文14項(パウルス、告示註解54巻)「私の意思で他人に引き渡された場合も、同じことが言われるべきである。」D 41.3.4.14 (Paulus 54 ad ed.): Idem dicendum est etiam, si voluntate mea alii tradita sit. 事例そのものは2世紀の法学者ネラティウスに由来すると考えられる。

(87) 学説彙纂41巻3章32法文首項(ポンポニーウス、サビーヌス註解32巻)「盗人は、盗品を所有者から買って、引き渡された物として持っていた場合、その物を盗品として占有するのを止めて、自分の物として占有し始めることになる。」D 41.3.32pr. (Pomponius 32 ad Sab.): Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.

(88) 前掲註51。

(89) 学説彙纂47巻2章87法文(トリュフォニーヌス、討論集9巻)「盗品あるいは暴力によって占有された物が、そうと知らない所有者に帰属した場合、〔物が〕所有者の権力下に復帰したとは解されない。それゆえ、所有者がこのように占有した後で、善意の買主に売られたとしても、使用取得は生じない。」D 47.2.87 (Tryphoninus 9 disp.): Si ad dominum ignorantem perveniret res furtiva vel vi possessa, non videatur in potestatem domini reversa, ideo nec si post talem

domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur.

- (90) 学説彙纂41卷4章7法文7項(ユーリアーヌス、学説彙纂44卷)「盗品が所有者の権力下に復帰したと解されないのは、たとえ物を占有したとしても、その物が自分から奪われた物であるとは知らなかった場合である。それゆえ、君から盗まれた奴隷を、自分の物であるとは知らない君に私が質入し、〔君に〕金銭を支払って〔請け戻した〕その奴隷をティティウスに売った場合、ティティウスは使用取得することができない。」D 41.4.7.7 (Iulianus 44 dig.): Furtiva res non intellegitur redisse in domini potestatem, quamvis possideret eam, si modo ignoraverit subreptam sibi esse: si igitur servum, qui tibi subreptus erat, ignoranti tibi tuum esse pignori dedero et soluta pecunia eum Titio vendidero, Titius usucapere non poterit.

